

ミヒャエル・ケスター

# ヨーロッパ統一家族法への第1歩： ヨーロッパ家族法原則 (PEFL)

離婚法を中心に

渡辺 惺之 (訳)

## PEFL 成立の背景

ヨーロッパ家族法原則 (PEFL) はオランダに本拠を有する国際的な研究グループ (ヨーロッパ家族法委員会 Commission on European Family Law (CEFL)) の産物である。CEFL は2001年にヨーロッパ共通の家族法の基本原則の研究を任務として民間主導の下に設置された<sup>1)</sup>。この企画は民間による純粋に学術的な企画として強調されているが、公的な機関から関心を寄せられているだけでなく、財政的にも、ヨーロッパ理事会による支援、DFG (Deutsche Forschungsgesellschaft) による支援を含め、その他の多くの支援を受けている<sup>2)</sup>。

CEFL は専門会議<sup>3)</sup> 及び専門家の会合を組織するだけでなく、特に EU の22の締約国から家族法のテーマについて国別報告を求め、これに基づき家族法の個別の分野についての包括的な原則を提示している。その最初が離婚と離婚後の扶養であった。その他の分野もこれに続く予定であり、次には親責任、その後は家族財産法その他の問題の順序となるはずである。

PEFL は第1義的にはヨーロッパ家族法の一種のリステートメントとなるべきものであるが、実体的なヨーロッパ家族法の芽生えでもある。PEFL の必要性は、現在成立し若しくは計画されているヨーロッパ共同体

法としての国際民事訴訟法(Brussel IIa 規則)及び国際私法(Rom III 規則)では、ヨーロッパにおける個人の自由に対する障害を除去するには充分ではないという点に求められるであろう<sup>4)</sup>。それと並べて PEFL は将来における各国の家族法の改正のためのモデルを提供することも視野に入れており、このような方法によるヨーロッパにおける法統一も考えられている。最後に、ある国の国際家族法が当事者による法選択を認めている場合に、PEFL を既存の法制モデルとして選択することができることも可能と考えられている<sup>5)</sup>。現在公表されているのは、先にも述べたように、2004年に公表された離婚法及び扶養法に関する原則である。以下では離婚法に限って説明することにした。

### PEFL による法発見及び法形成の方法

離婚法に関するヨーロッパ法原則はヨーロッパ各国の離婚に関する法規定の分析を基礎としている。そのための情報は詳細な質問状に基づき各国の家族法の専門家から集められた<sup>6)</sup>。ヨーロッパ原則の定式化は次のような原則的な方法に従って行われた。まず、全締約国で一致する規定はほとんどないにしても、締約国の全て若しくは多数の法制度に共通する基本的な一致点(common core)が見いだせる場合には、「原則」は基本的にはこれに従う。基本的な一致点が欠ける場面では、法政策的にいずれの解決が適切かという判断により決定する(better law approach)。委員会は最終的には価値判断を下さざるを得なかったことを明らかにしている。そのような価値判断に際しては、いずれかの国の国内法を優先させるというのではなく、むしろ特有な「ヨーロッパ的な視点」を見出して評価をするという方法によっている<sup>7)</sup>。

離婚法に関しては全体で10項目の原則が提示され、「総則的原則」(第1章 原則1-3)、「合意のある離婚」(第2章 原則4-7)、「相手方の同意を欠く離婚」(第3章 原則8-10)と整理されている。個々の原則

は、最初に規定文言が掲げられ、次に当該の問題についての比較法的な概観がなされ、最後に見出された原則規定についての注釈が付されるという順序で記述されている<sup>8)</sup>。

## 離婚に関する原則の重要な内容の概観

PEFL の内容についてはここでは簡単に説明するに止める。個々の条文は別添 [ 参考資料 ] を参照して欲しい。総則では単に、離婚が原則として許容されること、国家的な機関により法的に定められた手続きに従い宣告せられるべきことが強調されている（原則 1：1，1：2）。離婚原因はコンセプトとしては二つだけに分けられている。第1は、夫婦双方の一致した離婚意思がある場合であり（原則 1：4）、簡易化された手続きのための要件又は婚姻破綻の徴表であるというに止まらず、それ自体が国家による婚姻解消の原因となる。第2は、離婚についての合意が存在しない場合であり、1年間の事実上の別居が要件とされる（原則 1：8）。これ以外の、例えば重大な婚姻侵害、近親相姦、精神疾患あるいは重婚など、多くの国の法制度上認められている離婚原因は、もはや離婚原因とされていない。それらは実際には「原則」における第3の離婚原因として機能する一般条項によることになる。即ち、「非常なる困難」がある場合は常に即時に離婚できるとされている（原則 1：9）。上に述べた特殊な場合は全てこの柔軟な条項の下に包括されるのであり<sup>9)</sup>、例えば二重婚の場合でも重婚者が即時の離婚に同意しなくても1年間も耐える必要はないのである。

PEFL の他の全ての規定はこの基本的なコンセプトを個別に具体化したものであり、例えば合意に基づく離婚のために必要とされる同意の定義（原則 1：4，1：6）、離婚と子供に関連した離婚の効果に関する裁判手続の併合、但し、国内法上一体的な決定が必要とされる場合に限られる（原則 1：7，1：10）、或いは、離婚手続き開始後の熟慮期間（原則 1：5）などである。この熟慮期間は調停による紛争解決のための時間を与えるもの

であるが、これを内容的にどう満たすか、つまり調停が行われるか又どのように行われるかは、PEFLでは各国の国内法に委ねられている。

## 法政策的な基本思想と問題

次に離婚原則の若干の基本的思想を取り上げて批判的な評価を試みたい。

### 1. 離婚の容易化

離婚を世界観的若しくは宗教的制約から解放しようとする「原則」編纂者の努力は随所に認められる。これは二つの視点により支えられている。第1は、夫婦の自治は強化されるべきであるという点、及び、第2に、一般的な法政策の流れの中で離婚の自由化はさらに広がっているという点である<sup>10)</sup>。そこから導びかれているのは、離婚に先立つ最小限の婚姻継続期間が必要ではなく、又、合意ある場合には離婚申立の前に別居期間を必要としないことであり、合意のない場合にのみ1年間という大変短い別居期間が必要とされていることである。さらに、離婚は合意があれば正当視され、行政手続きによっても離婚をすることができることとされている。私見であるが、このようなコンセプトは法政策上注意を払うべき全ての視点をバランスよく調和させているとは思われない。

a) 争いある離婚の場合は、夫婦の「自治」により正当化することはできないのであり<sup>11)</sup>、それはあくまで主張のトレンドに止まる。一方的な離婚申立の場合に必要な別居期間に関しては、法比較の成果によれば、ヨーロッパにおいては違いは大きく、基本的には2年間と6年間との間にあり、「コンセンサスの核」はおそらく3年程度に落ち着くように思われる<sup>12)</sup>。「原則」の編纂者の方法論的な基本原則によれば、個別国家の法の「基本的な一致」を「原則」の内容上の基準にすべきであったのに<sup>13)</sup>、その視点をはっきりと脇にどけて、「ヨーロッパ原則」を1年間の期限とし、パイオニア的な役割を担わせている<sup>14)</sup>。本来は触れられるべきであるのに

一言も触れられていないのが、「困難のある当事者の保護」或いは制度としての婚姻の保護であり、多くの締約国の憲法（ドイツでは基本法6条1文）において定められている。一方的な関係解消の可能性には、例えば賃貸借や労働契約のような継続的な債権関係の場合には限界があるのに、婚姻に関してはほとんど見えてこない。最終的には「原則1：8」のように裁定したものと思われるが、しかし、社会的政治的に重要な問題の場合には、単に一般的なトレンドの援用だけでは根拠薄弱とされよう。

b) 合意を伴う離婚の場合に離婚を容易にする流れは正当と思われる。夫婦の一致した離婚意思に対して国家は反対すべきではない。しかし、この原則によれば何が可能となるかについて明確にしておくべきである。結婚式から1週間後でも行政機関への登録により即時に離婚の効力が生じるのである。このような事例には無意識にハリウッド有名人の結婚・離婚を思い浮べてしまう。

その類の離婚の自由に対する疑問は、まだ外国人法上の滞在許可の取得を目的とした望ましくない「偽装結婚」という視点からは提起されていない。このような「電撃的離婚」は偽装婚姻により得ようとした目的を妨げるかも知れない。しかし、問われるべきは、人類の歴史以来、子供の養育及び社会の安定性にとって中心的な役割を果たしてきた制度としての婚姻が有している社会的及び倫理的な存在価値に及ぼす効果である。しかし、この制度保護という観点からこれまで数多くの自由を侵害する誤りが行われてきたのであり、特に振り返ってみればドイツにおいても第2次世界大戦後に、カトリックの離婚禁止のドグマを国家法に影響させようとの試みが行われたのであった<sup>15)</sup>。現在では、個人の幸せや自己決定の自由を抽象的な制度のために後退させるようなことを述べる者は誰もいない。しかし、法的及び社会的制度としての婚姻を全く無視することも間違いであり、婚姻した当事者は今でも婚姻という地位に結びついている信用とか保護や特権により利益を受けているのである。さらに婚姻は社会及び国家の制度的構成要素として多くの国において憲法上承認されその保護の下におかれて

いる。婚姻を無制限に夫婦の随意に委ねる場合(ハリウッド化)、婚姻の有する婚姻当事者及び社会にとっての肯定的な側面を害することにもなる<sup>16)</sup>。

離婚に法的手続き<sup>17)</sup>を要求することにより法的安定性を達成しようとした「原則」の試みは、結局は成功していない。裁判所ではなく行政機関が離婚を宣言することができ、且つ、婚姻当事者の合意があれば、離婚に対する国家的なコントロールは当然ながら離婚の合意の単なる登録にまで省略されることになるであろう。

## 2. 当事者の自治

夫婦の自治の尊重は、離婚の簡易化と並ぶ、「原則」全体のもう一つの主導思潮である。しかし、「原則」が離婚の子供に及ぼす効果に関わる場面では、この自治に積極的な部分とのコントラストが明らかになる<sup>18)</sup>。突然にここで離婚法についてのリベラルな原則が権威的で抑圧的な対応に取って代わられていることに驚かされる。

a a)「原則1:5」第1項第1文は、16才未満の子供がいる場合、夫婦が離婚及びその効果の全てに合意していても、離婚手続きにおいて3ヶ月間の強制的な熟慮期間を命じている。その立法理由によると、「原則1:5」の熟慮期間は結果についての争いのない合意を達成するために、手続的な期間を設けるためであるとされている<sup>19)</sup>。既に完全な合意があるのに、なお3ヶ月の期間を強制的に規定するのは、いうまでもなく無意味である<sup>20)</sup>。この規定は、むしろ、夫婦であり両親である者がその離婚の決定について全体的にもう一度子供の利益という視点から熟慮することを促す趣旨として正当視されようが、理由書はこの点には触れていない。

b b) 両親が子供に関する措置について合意できている場合でも、その合意は裁判所を拘束しない。裁判所は合意を「考慮する」に止まり<sup>21)</sup>、しかも、その合意が「子の福祉に適う」場合に限られる<sup>22)</sup>。両親の自治的な判断は、ここでは単に裁定の提案に後退させられている。国家は伝統的な後

見人としての国という役割を押し通し、そこから導かれる規制の権限を貫徹している<sup>23)</sup>。ドイツにおいても、又、その他の国においても<sup>24)</sup>、親の自治は離婚という場面でも完全に尊重され、たとえそれがこれまでの共同親権を変更しようとする場合でも、尊重されているというのは、もはや法の歴史に属する事項である<sup>25)</sup>。ヨーロッパ諸国において親の自治と国家のコントロールというテーマに関して真剣に交わされてきた法政策的な議論は、離婚原則の理由書では全く触れられていない<sup>26)</sup>。ここでもっと重要と思われるのは、一方で夫婦でありまた一方で親である関係当事者の私的自治の尊重に際しての評価の相違である。少なくとも、子供の利益がどの程度にそのような相違を正当化するものなのかについて、説明が加えられるべきであった。離婚原則はこの純粋に親子関係法上の問題をむしろテーマとすべきではなかったというべきであろう。

## 結 語

2004年に公表された原則はヨーロッパ共通の離婚法として最終的なものとはなっていないことを述べてきた。しかし、内容上の議論は PEFL の基本的な意義に疑問を投げかけるものではない。家族法においては、債務法や抵触法、訴訟法等とは異なり、各国の法規定がそれぞれの国の歴史や文化により異なるため、ヨーロッパの統一法はそう早い時期には可能にならないという見方が長い間支配的であった。ヨーロッパの民族の持続した融合、集中的な法比較、さらにヨーロッパ人権裁判所によるヨーロッパ家族法に関する原則の形成により、各国の家族法の文化的固有性という観念は薄らぐ中で、PEFL が初めて体系的なヨーロッパ家族法の定立に向けた一歩を踏み出した。これは新たな土地への第一歩であり、そのようなものとして立派な功績といえる。この企画に向けた EU の真剣な関心は、この新たな土地「ヨーロッパ家族法」のさらなる開拓が引き続き進むことを明らかにしている。

ミュンヘン大学 教授

- 1) A. Schulz FamRZ 2003, 426.
- 2) 個別的には, *Boele-Woelki/Ferrand/Gonzàles Beilfuss/Jaenterae-Jareborg/Lowe/Martiny/Pintens*, Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses, (2004) (以下では Principles として引用)の前文を参照。又, [www2.law.uu.nl/priv/cefl](http://www2.law.uu.nl/priv/cefl) も参照。
- 3) 2007年6月に „Menschenrechte und europaeisches Familienrecht“ というテーマでオーストリアにおいて会議が開かれた。以前の会議については A. Schulz FamRZ 2005, 782. を参照。
- 4) Principles S. 8. (“Preamble” の Comment 3), 家族法の統一に関する議論については, *Boele-Woelki* (Hrsg.), Perspectives for the unification and harmonization of family law in Europe (2003) における *Pintens* (S. 3), *Dethloff* (S. 37), *Bradley* (S. 65), *Meulders-Klein* (S. 105), *Hondius* (S. 118), *Örücü* (S. 551) の論文を参照。
- 5) Principles S. 3, General introduction 参照, 同様の議論は, ローマ 規則 (Art. 3 Abs 1 S. 2.) において定められる一般契約法について, 各国法に替えて「ヨーロッパ契約法原則 (Principles of European Contract Law)」も選択され得るとする点にも見られる。
- 6) 集められた全ての資料は, *Boele-Woelki/Braat/Summer* (Hrsg.), European Family Law in Action (2003) において公表されている。総括した最初のものとして, *Martiny*, “Perspectives” (注(4)) S. 529 以下がある。当然ながらその後の各国における法改正は反映されていない。特に2004年5月26日のフランス新離婚法 (J. O. 27.5.2004, S. 9319 ff.), これについては *Furkel* FamRZ 2005, 1615 ff. 参照。
- 7) 「原則」S. 2 (General introduction), 又, “Perspectives” (注4)中の *Schwenzer* (S. 143) 及び *Antokolskaia* (S. 159) も参照。
- 8) 原則規定は英語, フランス語, ドイツ語の3言語で表示されているが, それ以外は英語のみである。
- 9) Principles S. 57/58 における「原則1:9」についての比較法的概観及びコメントを参照。
- 10) Principles S. 14 (Introduction „Divorce in Europe”) 及び S. 30 (原則1:4についての Comment 1), S. 55 (原則1:8についての Comment 3) 参照。
- 11) 注目されるのは, 「原則1:8」の立法根拠として「夫婦の自治 (autonomy of the spouses)」が挙げられていることである (Comment 3, Principles S. 55)。しかし, 夫婦の立場に違いがある場合には採り得ないところであろう。
- 12) 「原則1:8」に関する比較法的概観 (Principles S. 51-53) を参照。
- 13) 上掲 参照。
- 14) 「原則1:8」の Comment 4 (Principles S. 53) 参照。
- 15) これについて, *Gernhuber/Coester-Waltjen*, 5. Aufl. (2006), § 4 I 参照。
- 16) 米国の若干の州において, 州の一般法に基づく真摯さを欠く婚姻への不満から, 「真剣な婚姻 (Covenant Marriage)」という対抗モデルが, まじめな制度としての婚姻に向けた住民の要望を考慮して, 作られるに至ったということが指摘されよう。これについて, *Coester*, Covenant marriage Die rechte Ehe?, Festschrift Henrich (2000) S. 73 ff.
- 17) 「原則1:2」では, “Procedure by law”; “Procédure légale”; “Gesetzliches Verfahren” と

## ヨーロッパ統一家族法への第1歩：ヨーロッパ家族法原則（PEFL）（ケスター）

表記されている。

- 18) 「離婚原則」においてこのようなことが生じたのかは明らかではない。親子関係や婚姻財産法などの離婚の効果に関する「原則」は、将来に持ち越された筈である（「原則1：10」の Comment 4 (Principles S. 65) 参照）。そもそも「離婚原則」が離婚自体とは関係しない子の扶養や面接交流の問題も含むことは体系的にはおかしい。
- 19) 「原則1：5」の Comment 1 (Principles S. 34)。
- 20) 「原則1：5」の Comment 3 (Principles S. 35)、合意がない場合は期間は6ヶ月となる（「原則1：5」1項第2文）。
- 21) 英文では“Should be taken into account”，仏文では“doit être prise en compte”
- 22) 合意ある離婚については「原則1：7」1項第2文、争いある離婚については「原則1：10」1項第2文。
- 23) 国内法上、離婚後も共同親権が原則として継続するため、親権・面接交流に関する裁定が不要であるという場合には、「原則」からも裁判所による規制が抜け落ちている。
- 24) 「原則1：7」の比較法的概観（Principles S. 44 f.）、及び「原則1：10」（Principles S. 60）を参照。
- 25) ドイツの場合、1998年の親子法改正以来、BGB § 1671 Abs. 2 Nr. 1.
- 26) ドイツ法に関しては、Coester, Elternautonomie und Staatsverantwortung bei der Pflege und Erziehung von Kindern, FamRZ 1996, 1181.

### [ 参考資料 ]

#### 離婚及び離婚した夫婦間の扶養に関するヨーロッパ家族法原則（2004）

##### 前文

各国の家族法の間に相違は存在するが一致点も多くなっていることを認識し；又、その相違の存在はヨーロッパにおける人の交流の自由の妨げとなることを認識し；

ヨーロッパにおける家族法の調和に寄与し、ヨーロッパで人の交流の自由が実現することを希求し；

婚姻当事者と社会の利益の間に調和を見だし、男女の実際の平等化を支援することを希望し、子供の福祉を考慮しつつ、

委員会はヨーロッパ家族法のために以下の諸原則を勧奨する。

#### 第1章 総則的原則

##### 原則1：1 離婚の許容

- (1) 離婚は法律に従い許容される。
- (2) 婚姻が一定期間継続することは、その要件ではない。

原則1：2 法的手続き及び管轄当局

- (1) 離婚の手続きは法律により定められる。
- (2) 離婚は管轄権限ある裁判所又は行政官庁がこれを宣言する。

原則1：3 離婚の方式

離婚は、夫婦の他の一方の同意ある場合に限らず、同意のない場合にも、法律により許容される。

第2章 当事者の合意のある離婚

原則1：4 双方の合意

- (1) 離婚は夫婦の合意に基づき許される。一定期間の事実上の別居を要件としない。
- (2) その合意は、夫婦が婚姻を解消することを合意していた場合に、認められる。
- (3) その合意は、夫婦共同の申立により、又は、夫婦の一方の同意を得ての一方がする申立により表示される。

原則1：5 熟慮期間

- (1) 夫婦が離婚手続きを開始した時に16歳未満の子供がある場合、本原則1：6の規定する全ての離婚後の措置につき合意があるときは、熟慮期間を3月とする。離婚後の措置の全てが合意されていないときは、熟慮期間を6月とする。
- (2) 夫婦が離婚手続きを開始した時に16歳未満の子供がない場合で、本原則1：6(d)及び(e)の規定する離婚後の措置の全てに合意があるときは、熟慮期間を要しない。離婚の結果の全てには合意がないときは、熟慮期間を3月とする。
- (3) 婚姻当事者が離婚手続きの開始の時に既に6月間実際に別居している場合には、熟慮期間を要しない。

原則1：6 合意の内容及び方式

- (1) 次に掲げる離婚後の措置について夫婦は合意することができる：
  - (a) 子供に対する親責任、子供の住所及び面接交流の定め、その必要ある場合に限る。
  - (b) 子供の養育扶養、その必要ある場合に限る。
  - (c) 財産の分割若しくは分配。
  - (d) 離婚後の扶養。
- (2) これらの合意は書面によることを要する。

原則1：7 離婚後の措置についての裁判

- (1) 管轄当局は常に子供に関して原則1：6(a)及び(b)に掲げる離婚後の措置について裁定する。これに関する夫婦の合意は、その裁定に際して、それが子供の福祉に適う限りで顧慮される。
- (2) 管轄当局は原則1：6(c)及び(d)に掲げる事項に関する合意が妥当かどうかについては審査しなければならない。
- (3) 夫婦が原則1：6(e)及び(d)に掲げる事項に関して、その一部だけにつき合意をし又は全く合意をしていない場合、管轄当局がこれらの離婚後の措置につき裁定する。

第3章 相手方の合意がない場合の離婚

原則1：8 事実上の別居

離婚は、相手方当事者の同意がない場合は、既に1年間実際に別居し生活している場合に許される。

原則1：9 申立人に著しく困難な事情

管轄当局は、申立人に著しく困難な事情がある場合には、夫婦が先に1年間の別居生活をしていない場合であっても、離婚を宣告することができる。

原則1：10 離婚後の措置に関しての裁定

- (1) 管轄当局は、必要と認められる場合、次に掲げる事項につき裁定をする。
  - (a) 子供に対する親責任、子供の住所及び面接交流の定め
  - (b) 子供の養育扶養

これに関する夫婦の合意は、それが子供の福祉に適う限りで顧慮される。

- (2) 管轄当局は、離婚の際又は離婚後に、夫婦に対し離婚後の経済上の措置を裁定することができる。これに関する夫婦間の合意は顧慮される。